

بررسی قاعده لا ضرر در فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان

سید جواد ایوبی^۱

چکیده

قاعده لا ضرر از قواعد مشهور فقهی است که مبنای بسیاری از احکام فقهی قرار گرفته و فقهای اسلامی در موارد متعدد بدان استناد نموده است. مبنای این قاعده حدیث «لا ضرر و لا ضرار» است که در منابع روایی فریقین نقل شده است. پژوهش حاضر به هدف بررسی این قاعده از منظر فقه و حقوق موضوعه افغانستان انجام شده و رسالت آن پاسخ به این مسئله بوده است که قاعده لا ضرر در فقه اسلامی و حقوق موضوعه افغانستان چه کاربردی دارد. نتایج به دست آمده حکایت از آن دارد که فقهای اسلامی قائل به تواتر سند این قاعده بوده و در ابواب مختلف فقه آن را به کار برده‌اند. در حقوق موضوعه افغانستان نیز مبنای بسیاری از مقررات مدنی و کیفری همین قاعده لا ضرر دانسته شده است. داده‌های پژوهش از طریق مطالعات کتابخانه‌ای - اسنادی جمع‌آوری و با استفاده از روش تحقیق تحلیلی - توصیفی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. در ابتدا مفهوم و قلمرو دلالت آن بررسی شده و سپس ادله حجیت آن و در نهایت جایگاه قاعده در حقوق موضوعه افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: حقوق موضوعه افغانستان، جبران زیان، زیان، فقه اسلامی، قاعده لا ضرر.

مقدمه

یکی از قواعد مشهور فقهی که کاربرد گسترده در حقوق خصوصی و حقوق کیفری دارد، قاعده لا ضرر است. این قاعده که دارای مبنای فقهی است و در منابع روایی و فقهی امامیه و اهل سنت نقل شده، در ابواب مختلف فقه مورد استناد فقهای اسلامی قرار گرفته است. با این وجود اشکالات و ابهامات زیادی نیز در خصوص این قاعده مطرح شده که یکی از مهم‌ترین اشکالات بحث دایره شمول این قاعده است. یا به عبارت دیگر از مسائل مهمی که در خصوص این قاعده باید بدان پرداخته شود، مفاد قاعده و کاربرد آن است. زیرا دایره شمول و گستره این قاعده تأثیر زیادی در قانون‌گذاری دارد. لذا تبیین آن با این نگاه ضروری می‌نماید. از سوی دیگر حقوق موضوعه افغانستان مبتنی بر احکام فقه حنفی است که در بسیاری از موارد مستند احکام قانون را قواعد فقهی تشکیل می‌دهد. قاعده لا ضرر از جمله قواعدی است که در ابواب و بخش‌های مختلف قوانین وضعی افغانستان به کار رفته است. برخی به این باورند که قاعده لا ضرر و لا ضرار رمز هماهنگی جهان اسلام با توسعه و پیشرفت اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و ساختارهای حقوقی است. این قاعده در واقع بر بسیاری از قواعد دیگری فقهی حاکم است. در اهمیت این قاعده همین بس که بسیاری از فقهای معاصر امامیه در این زمینه کتاب‌های مستقلی نگاشته و ابعاد این قاعده را با تمام جزئیات آن مورد تحلیل و بررسی قرار داده‌اند (صیقلی، لاجوردی و کلاه مال همدانی، ۱۳۹۷: ۸۳).

مطالعه اجمالی پژوهش‌های انجام شده در خصوص قاعده لا ضرر بیانگر آن است که در این زمینه به‌رغم پژوهش‌های متعددی که صورت گرفته، اما کاربرد این قاعده در حقوق موضوعه به‌ویژه حقوق موضوعه افغانستان مورد توجه قرار نگرفته است. بنابراین بررسی این قاعده در حقوق موضوعه افغانستان از مسائل جدیدی است که تاکنون کسی بدان پرداخته و یا حداقل نویسنده به آن دسترسی نداشته است. با توجه به اینکه حقوق موضوعه شامل حقوق مدنی و کیفری می‌شود، در این پژوهش بیشتر بر حقوق مدنی تأکید صورت گرفته است. زیرا کاربرد قاعده لا ضرر در حقوق کیفری افغانستان مصادیق روشنی ندارد. لذا قلمرو این پژوهش فقه امامیه و حقوق مدنی و به‌طور خاص قانون مدنی افغانستان است.



با توجه به اهمیت پرداختن به این مسئله و با توجه به اینکه تاکنون پژوهش مستقلی که به بررسی تطبیقی قاعده لاضرر در فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان پرداخته باشد، صورت نگرفته است، بنابراین رسالت پژوهش حاضر ارائه پاسخ به این مسئله است که رویکرد فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان نسبت به قاعده لاضرر چگونه است؟ به نظر می‌رسد همان‌طوری که قاعده لاضرر در فقه اسلامی در ابواب مختلف به‌کاررفته، در حقوق موضوعه افغانستان نیز در موارد متعددی یا به‌صورت ضمنی یا به‌صورت صریح به‌کاررفته است.

پژوهش حاضر به هدف تبیین رویکرد فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان انجام شده و تلاش نموده جلوه‌های کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان را مورد بررسی قرار دهد. داده‌های پژوهش از طریق مطالعات کتابخانه‌ای جمعی‌آوری و با استفاده از روش تحقیق تحلیلی- توصیفی با رویکرد تطبیقی بین فقه امامیه و حقوق موضوعه افغانستان بررسی شده است. بخش نخست مقاله به بررسی مفردات قاعده، مستندات و قلمرو آن از منظر فقه اسلامی پرداخته، در بخش دوم آرای فقهای اسلامی و در بخش سوم رویکرد حقوق موضوعه افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مفهوم و قلمرو قاعده لاضرر

اشاره شد که قاعده لاضرر به‌رغم کاربرد گسترده‌ای که در فقه و حقوق اسلامی دارد، از جهات متعددی دچار ابهام است. از همین رو برای درک بهتر مفهوم و محتوای این قاعده لازم است، ابتدا به بررسی مفهوم لغوی و اصطلاحی قاعده بپردازیم و سپس قلمرو شمول آن را مورد بررسی قرار دهیم.

۱-۱. مفهوم شناسی

مفهوم شناسی معمولاً اشاره به مهم‌ترین گزاره‌های به‌کاررفته در یک موضوع خاص دارد. لذا در خصوص بررسی قاعده لاضرر نیز، پرداختن به این مفاهیم کلیدی حائز اهمیت. مفاهیم کلیدی به‌کاررفته در این قاعده شامل مواردی چون ضرر، ضرار و نفی ضرر و ضرار می‌شود که در این قسمت سعی می‌کنیم به‌صورت مختصر به تبیین آن‌ها بپردازیم. اما قبل



از آن لازم است ابتدا مفهوم قاعده فقهی را مورد بررسی قرار دهیم.

۱-۱-۱. قاعده فقهی

علمای لغت قاعده را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «بنیان، اساس، پایه، اصل، قانون» (عمید، ۱۳۸۹: ۸۰۸). در قرآن کریم نیز این واژه به‌کاررفته است «القواعدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» (نور: ۶۰). لذا بعضی از نویسندگان معتقدند که «این واژه از نظر لغوی برای اساس هر شیء خواه مادی یا معنوی، وضع شده است؛ بدین گونه که هرگاه اساس و پایه آن شیء معدوم شود، شیء هم معدوم می‌گردد» (جعفری، رجایی پور و دلاور، ۱۳۹۶: ۱۴۳). در خصوص معنای اصطلاحی گزاره قاعده تعاریف متعددی صورت گرفته است. برخی به این باورند که قاعده عبارت از قانون یا حکم کلی است که بر جزئیات تطبیق می‌گردد.

اما در خصوص مفهوم قاعده فقهی برخی به این باورند که «قاعده فقهی مشتمل حکم شرعی است و از تطبیق آن، احکام شرعی جزئی حاصل می‌شود که مصداقی از آن حکم کلی است. قاعده و مسئله فقهی هردو حکم شرعی‌اند و تفاوت آن‌ها فقط از جنبه توسعه و ضیق است؛ با این بیان که دایره شمول قاعده فقهی از مسئله فقهی وسیع‌تر است؛ به بیانی دیگر، هر قاعده فقهی مسئله فقهی هم هست، لکن هر مسئله فقهی قاعده فقهی نیست» (ایروانی، ۱۴۲۶، ج ۱/ ۱۳-۱۶). بنابراین منظور از قاعده فقهی، حکم شرعی کلی است که در اکثر و یا تمام ابواب فقه کاربرد داشته و بر مبنای آن احکام فقهی استخراج و استنباط می‌شود.

۱-۱-۲. ضرر و ضرار

«ضرر را برخلاف نفع، نقص، سوء حال اعم از سوء حال نفس و بدن و مال و آبرو، ضد نفع و مقابل نفع معنا کرده‌اند» (صیقلی، لاجوردی و کلاه مال همدانی، ۱۳۹۷: ۸۰). این کلمه فقط یک‌بار در قرآن کریم به‌کاررفته است.^۱ در مورد معنای ضرار نیز اقوال متعددی نقل شده است. برخی به این باورند که تفاوتی بین معنای ضرر و ضرار وجود دارد و هردو به یک

۱. «لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَ الْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَ كَلَّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى وَ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا» (نسا: ۹۵).



معنا است (انصاری، ۱۳۹۲: ۳۷۲). اما برخی دیگر با تفاوت قائل شدن بین این دو واژه به این مسئله تأکید کرده‌اند که ضرار، ایذاء دیگری است بدون اینکه ضرر رساننده، نفعی به دست آورد (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۳/ ۵۰۹). امام خمینی در خصوص کلمه ضرر و ضرار به این باور است که معنای این دو کاستن در مال و جان است، ضرار همان در تنگنا قرار دادن و به دیگری زیان و ناراحتی رساندن است (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱/ ۳۲). از همین رو برخی از نویسندگان تصریح کرده‌اند که ضرار به معنای مجازات و پاسخ به ضرر است. یعنی وقتی کسی ضرر می‌رساند و دیگری به این ضرر با وارد آوردن ضرر دیگر، پاسخ می‌دهد، مصداق واژه ضرار واقع می‌شود که در این قاعده فقهی به کاررفته است (صیقلی، لاجوردی و کلاه مال همدانی، ۱۳۹۷: ۸۱). برخی به این باورند که چون ضرار از باب مفاعله است، لابد به معنای ضرر دو طرفی است. یا به معنای ضرر زدن به دیگری بدون اینکه نفعی عاید ضرر زننده باشد. درحالی که در ضرر، ضرر رساننده خود نیز سود می‌برد. ضرار را به معنای تکرار صدور ضرر و ضرر عمدی نیز دانسته‌اند (محمدی، ۱۳۸۹: ۱۴۹). واژه ضرار نیز در قران کریم در بحث طلاق به کاررفته است.^۱ از همین رو یکی از مواردی که در حقوق موضوعه افغانستان بدان پرداخته شده، همین بحث طلاق به سبب ضرر است که در قسمت دوم به طور مفصل بدان پرداخته خواهد شد.

۲-۱. مستندات قاعده

مستندات قاعده لاضرر از پشتوانه بسیار قوی برخوردار است. برای حجیت و اعتبار این قاعده از کتاب و سنت و عقل دلیل آورده شده است. با توجه به کثرت دلایل در این قسمت سعی می‌کنیم مهم‌ترین مستندات قاعده لاضرر از کتاب، سنت و عقل را تبیین نماییم.

۱-۲-۱. کتاب

آیاتی متعددی در قران کریم وجود دارد که دلالت بر قاعده لاضرر دارند. درواقع آیاتی که کلمه ضرر در آن استعمال شده، احکامی را ارائه می‌کنند که از باب تعلیق حکم به وصف

۱. «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُغْنِ أَجَلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَادْكُرُوا بِنِعْمَتِ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أُنْزِلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ» (بقره: ۲۳۱).



حاوی معنای عام است و در نهایت لاضرر را به عنوان یک قاعده به اثبات می‌رساند (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۳۲). برخی از این آیات عبارت‌اند از آیات ۲۳۱، ۲۳۳ سوره مبارکه بقره که می‌فرماید: «لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ يَوْلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَوْلَدِهِ» (بقره: ۲۳۳) و «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَازًا لِّتَعْتَدُوا» (بقره: ۲۳۱). محتوای این آیات و آیات دیگر دلالت بر آن دارد که ضرر رساندن بر دیگری در شریعت اسلام منع شده و بر هیچ فردی جایز نیست، بر دیگری ضرری وارد کند.

۲-۲-۱. سنت

فقه‌های اسلامی به روایات زیادی در باب قاعده لاضرر استناد کرده‌اند. این روایات از طرق مختلف و به عبارات مختلف در کتب شیعه و سنی آمده است، به طوری که محتوای این روایات به حد تواتر رسیده است. به طور خلاصه متن حدیث لاضرر به سه نحو آورده شده است که شامل «لاضرر ولاضرار»، «لاضرر ولا ضرار فی الاسلام»، «لاضرر ولا ضرار علی مؤمن» می‌باشد. آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرائت مشترک وجود دارد نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده است» (صیقلی، لاجوردی و کلاه مال همدانی، ۱۳۹۷: ۸۰). لذا مهم‌ترین سند این قاعده روایات باب است که مشهورترین آن، واقعه سمره بن جندب و مرد انصاری است.

۳-۲-۱. عقل

استدلال به دلیل عقل در خصوص قاعده لاضرر اولاً اختصاص به فقه امامیه دارد. زیرا فقه‌های اهل سنت عقل را دلیل مستقل نمی‌دانند. لذا در فقه اهل تسنن به این دلیل اشاره‌ای صورت نگرفته است. اما فقه‌های امامیه، لاضرر را از جمله مستقلات عقلیه دانسته و بر اثبات آن از طریق حکم عقل نیز استناد کرده‌اند. قاعده لاضرر در پرتو عقل بدین معنا است که عقل ضرر و ضرار را نفی می‌کند و می‌خواهد هیچ ضرر و ضراری بر دیگران رسانده نشود (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۳۱). همچنین در صورتی که ضرر و ضراری وارد گردد، عقل حکم می‌کند که چنین ضرری باید تدارک شود. بنابراین حکم عقل نیز یکی از ادله‌ای است که می‌توان با استناد به آن حجیت قاعده لاضرر را به اثبات رساند. مبنای این استدلال نیز بنای عقلا است که اولاً مستقلات عقلیه را حجت می‌دانند و ثانیاً ضرر و ضرار را منع می‌کند.



برخی از فقها مستندات قاعده لاضرر را در کتب فقهی و روایی مورد بررسی قرار داده و به این باورند که در مجموع ۶۵۰ دلیل در کتب امامیه و ۲۰۰ دلیل از کتب اهل تسنن در این زمینه وجود دارد (سبحانی، ۱۴۱۵، ج ۲/ ۱۴۰). بنابراین این قاعده از حیث سند یکی از معتبرترین قواعد فقهی محسوب می شود که در فقه امامیه و اهل تسنن مطرح شده است.

۱-۳. قلمرو قاعده

در خصوص قلمرو شمول این قاعده مباحث زیادی مطرح شده است. اما آنچه به نظر می رسد، در این پژوهش حائز اهمیت باشد، بحث شمول قاعده بر احکام وجودی و عدمی است. یعنی در واقع مسئله ای که در این قسمت لازم است بدان پرداخته شود این است که آیا قاعده لاضرر صرفاً امور وجودی را شامل می شود یا شامل احکام عدمی نیز می گردد. در این زمینه به صورت کلی دو دیدگاه وجود دارد.

۱-۳-۱. قائلین به عدم شمول

تعداد زیادی از فقها قائل به عدم شمول قاعده نسبت به امور عدمی است که از آن جمله می توان از فقهای ذیل نام برد: میرزا محمدحسن آشتیانی (آشتیانی، بی تا، ج ۲: ۲۲۹-۲۳۰)، محمد امامی خوانساری (امامی خوانساری، ۱۳۵۲: ۵۰۴-۵۰۵)، سید محمود حسینی شاهرودی (جزایری، ۱۳۹۴، ج ۵: ۳۳۵) و سید حسن بجنوردی (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۳۷). برای نمونه می توان به نظریه میرزای نائینی اشاره کرد که فرموده اند: «مقتضی ما بیناه من فقه الحدیث ان ضرر حاکم علی الاحکام الوجودیه تکلیفیه کانت او وضعیه و نتیجه حکومتها رفع هذه الاحکام و اما حکومتها علی الاحکام العدمیه ففیها اشکال بل لا دلیل علیها، فعلى هذا اذا لزم من عدم الحكم فى مورد ضرر على شخص لا يمكن نفى هذا العدم بقاعده لاضرر، بان يكون مفادها اثبات الحكم غير الثابت كما يكون مفادها نفى الحكم الثابت» (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۳/ ۴۱۸).

قائلین به این دیدگاه دلایل متعددی در دفاع از نظریات شان مطرح کرده اند. برخی به این باورند که اگر قرار باشد این قاعده شامل موارد عدمی نیز شود، محذوراتی از این دست به وجود می آید: ۱- لازم می آید که هر ضرری تدارک شود. ثمره این بحث درجایی روشن می شود که ضرر رساننده خود شخص باشد، در این صورت سؤالی که مطرح می شود



این است که اگر تدارک ضرر الزامی است، مسئول تدارک آنچه کسی است؟ پاسخ روشن است، کسی جزء بیت‌المال نمی‌تواند مسئول تدارک این ضرر باشد. آن وقت اگر مسئولیت بیت‌المال در این خصوص پذیرفته شود، در جبران زیان‌های ناشی از آفات طبیعی به طریقی اولی باید پذیرفته شود. ۲- لازمه پذیرش شمول قاعده بر امور عدمی آن است که در باب طلاق، در صورتی که شوهر غائب باشد یا نفقه او را ندهد یا توان پرداخت آن را نداشته باشد، صلاحیت طلاق به دست زوجه باشد. در حالی که هیچ‌یک از فقها این مسئله را نپذیرفته‌اند و روایات خاصی وجود دارد که طلاق را حق زوج می‌داند (خوانساری، ۱۳۷۳: ۲۲۱). بنابراین نتیجه این می‌شود که شمول قاعده نسبت به امور عدمی مورد تردید واقع شود.

۲-۳-۱. قائلین به شمول ادله نسبت به امور عدمی

در مقابل دیدگاه فوق برخی دیگر از فقها قائل به شمول این قاعده نسبت به امور عدمی هستند که به طور نمونه می‌توان از فقهای ذیل نام برد: آیت‌الله سید علی سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۴، ۲۹۱-۲۹۲)، مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۴۹) و آیت‌الله سبحانی (۱۴۱۴: ۲۰۴-۲۰۵). طرفداران نظریه شمول قاعده بر امور عدمی نیز دلایل متعددی بر اثبات دیدگاه خویش مطرح کرده‌اند. اما عمده دلایل این دیدگاه در واقع پاسخ به اشکالات طرفداران نظریه اول است. برای مثال در خصوص پاسخ به مسئله اثبات ولایت زوجه بر طلاق بر اساس قاعده لاضرر که در فوق مطرح شد، چنین آورده است: «وَأَمَّا الثَّانِي: فَلَوْ قُلْنَا بَتَدَارِكِ كُلِّ ضَرَرٍ لَا يُلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ بِيَدِ الزَّوْجَةِ لِأَنَّ لِلْمَسْأَلَةِ صَوْرًا كَثِيرًا. لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ حَاضِرًا، أَوْ غَائِبًا. وَعَلَى الثَّانِي إِمَّا أَنْ يَعْلَمَ حَيَاةَ زَوْجِهَا أَوْ لَا، وَعَلَى كَلَا التَّقْدِيرِينَ إِمَّا أَنْ يَنْفَقَ عَلَيْهَا وَلِيُ الزَّوْجِ الْمَفْقُودِ أَوْ لَا، فَأَقْصَى مَا يُلْزَمُ جَوَازُ حُلِّ عِلْقَةِ الزَّوْجِيَّةِ، وَإِمَّا كَوْنَ طَلَاقِهَا بِيَدِهَا فَلَا، بَلْ يَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْقَوَاعِدِ فَيَقُومُ بِهِ وَلِيُ الزَّوْجِ أَوْ الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ وَلَا مَنَعَ مِنَ الْقَوْلِ بِهِ فِي بَعْضِ صُورِ الْمَسْأَلَةِ، كَمَا إِذَا كَانَتْ شَابَةً وَاسْتَلْزَمَ صَبْرَهَا وَقَوْعَهَا فِي مُشَقَّةٍ شَدِيدَةٍ» (سبحانی، ۱۴۱۵، ج ۲/ ۱۱۳). برخی دیگر از فقها نیز گفته‌اند که مقتضای قاعده لاضرر و شمول آن بر امور عدمی لزوماً به معنای این نیست که طلاق به دست زوجه قرار بگیرد. زیرا زوج غایب یا ولی دارد یا ندارد، اگر ولی داشته باشد و ولی زوجه را طلاق بدهد، جای بحثی نیست و اگر ولی طلاق ندهد، حاکم او را ملزم به



طلاق می‌کند که در هر صورت ضرری متوجه زوجه نمی‌شود، لذا دلیل ندارد که زوجه بر طلاق ولایت پیدا کند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۹۰).

۲. بررسی اقوال فقها در خصوص مفاد قاعده لاضرر

در میان فقهای امامیه اقوال مختلفی در زمینه مفاد قاعده لاضرر مطرح شده است. اساس و بنیان این اختلاف دیدگاه نیز این است که آیا عبارت «لاضرر و لاضرار» که در متون روایی آمده، دلالت بر نفی مطلق ضرر دارد یا بر ضررهای خاص و یا بر ضرر قابل تدارک؟ در این زمینه می‌توان گفت سه دیدگاه مشهور بین فقهای امامیه وجود دارد:

۱-۲. نظریه نفی حکم به لسان نفی موضوع

مرحوم آخوند خراسانی به این باور است که منظور از عبارت «لاضرر و لاضرار» نفی حکم است، اما به لسان نفی موضوع. برای مثال اینکه در روایات متعدد، آمده است که «لاشک لکثیرالشک»، منظور این است که شک انسان کثیرالشک حکم آن نفی شده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸۱). یعنی انسان کثیرالشک نباید به شک خود اعتنا کند، چون حکمی که در خصوص شک در نماز وجود دارد، نسبت به چنین فردی برداشته شده است.

۲-۲. نظریه نهی ضرر

برخی از فقها از جمله شیخ الشریعه اصفهانی معتقد است که منظور از «لا» در این قاعده، لانهیه است. یعنی ضرر رساندن به دیگری از طرف شارع نهی شده و این قاعده نسبت به سایر قواعد حکومت دارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۶). بنابراین مطابق این قاعده، مطلق ضرر رساندن به دیگری در شریعت اسلام منع شده است.

۳-۲. نظریه نهی سلطانی

این نظریه توسط امام خمینی مطرح شده است. از نظر ایشان نظر شیخ الشریعه در این خصوص که منظور از قاعده نهی ضرر است، درست است. اما باید بین حالات مختلف تفکیک قائل شد. بدین صورت که این قاعده شامل سه مقام می‌شود: مقام افتا و بیان احکام شرعی، مقام قضاوت و فصل خصومت، مقام سلطنت الهی. از نظر ایشان قاعده لاضرر در قسم سوم داخل است. طبق این دیدگاه قاعده لاضرر بر ادله سلطنت، حاکم است



(خمینی، ۱۴۲۳، ج ۳: ۵۳۳). در واقع طرح این دیدگاه ناظر بر مسئله ولایت فقیه است که در میان فقهای معاصر یکی از مسائل مهم فقهی تلقی می‌شود و تأکید امام خمینی بر مسئله سلطنت نیز شاید به همین دلیل باشد.

۴-۲. نظریه نفی احکام ضرری

این دیدگاه توسط شیخ مرتضی انصاری مطرح شده است. بر اساس این نظریه منظور از نفی ضرر در این قاعده، نفی حکم ضرری است. یعنی در اسلام حکم ضرری وجود ندارد (انصاری، ۱۳۹۲: ۱۶۱). آیت‌الله سیستانی نیز این دیدگاه را فی‌الجمله پذیرفته است. بدین صورت که در خصوص اینکه منظور نفی حکم ضرری است با شیخ انصاری موافق است، در خصوص این که ضرر زدن حرام است، از نظر ایشان این بیانگر نهی مولوی و یا حرام تکلیفی مولوی است. لذا حدیث دو مطلب را بیان می‌کند: یکی نفی حکم ضرری و دیگری نهی از اضرار یا ضرر رساندن (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۳۳).

۳. موارد کاربرد قاعده لا ضرر در فقه امامیه

اشاره شد که قاعده لا ضرر از قواعد کاربردی است که در بسیاری از ابواب فقه مورد استعمال واقع شده است. به طور خلاصه می‌توان گفت این قاعده در بحث شرایط تیمم، وضوی جبیره‌ای، کراهت گرم کردن آب با آفتاب، وجوب طهارت با آب، وجوب تیمم در صورتی که آب مضر باشد، وجوب خریدن آب در صورتی که ضرر نداشته باشد، جواز قتل مار و عقرب در هنگام نماز با وجود خوف ضرر، جواز قطع نماز در صورت خوف تلف نفس، قبول قول مالک در تلف مال، وجوب اخذ زکات بعد از مونه سال، وجوب خروج از مکان غصبی در اثنا نماز (نجفی، بی تا، ج ۷/ ۱۳۰). همچنین وجوب پرداخت زکات در صورتی که دفع عین آن موجب ضرر شود، وجوب افطار در صورت خوف ضرر برای مریض، زن حامله و افراد کهن سال، به همین ترتیب این قاعده در ابواب مختلف دیگر از قبیل حج، جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، باب غیبت، مکاسب محرمه، بیع و خیارات، قرض، صلح، قصاص، حدود، دیات و تعزیرات (سبحانی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۱۳۲-۱۴۷).



۴. موارد کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان

قاعده لاضرر تنها یک قاعده نظری و ذهنی نیست، بلکه از جمله قواعد کاربردی و کلیدی فقه اسلامی است. شاید بتوان گفت، در دانش حقوق و به‌ویژه قانون‌گذاری در کشورهای اسلامی، کاربرد این قاعده چشم‌گیر و حائز اهمیت است. از همین رو قانون‌گذار افغانستان نیز در موارد متعددی از این قاعده استفاده نموده و در وضع قانون و مقررات آن را به‌کاربرده است. قانون‌گذار افغانستان به‌صورت صریح در ماده ۷۸۸ قانون مدنی در خصوص قاعده لاضرر چنین آورده است: «رساندن ضرر و مقابله با ضرر جواز ندارد، همچنان ضرر با مثل آن رفع نمی‌گردد». در این قسمت به مهم‌ترین موارد کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان پرداخته می‌شود.

۴-۱. قاعده لاضرر در بحث طلاق

یکی از مواردی که قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان به‌کاررفته، بحث طلاق قضایی به سبب ضرر است. کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان ریشه در فقه اهل تسنن دارد. زیرا علمای مالکی و حنبلی تفریق به سبب ضرر را جایز می‌دانند. مالک در این زمینه چنین نظر دارد: «هرگاه زن ادعا کند که شوهر آن‌چنان ضرر و زیانی به او می‌رساند که برای امثال آنان ادامه معاشرت و همزیستی باوجود آن، مقدور نیست، می‌تواند از قاضی بخواهد که بین او و شوهرش جدائی اندازد، مثل اینکه زن ادعا کند شوهرش او را لت و کوب می‌کند یا به وی ناسزا گفته او را مورد توهین و تحقیر و آزار و اذیت قرار می‌دهد که تحمل آن‌ها برایش مقدور نیست یا ادعا کند که شوهرش او را بر ارتکاب قول و فعل ناسزا و زشت مجبور می‌کند. هرگاه این ادعای زن با شاهد و بینه یا اعتراف شوهر به ثبوت رسید و این ایذاء و آزار به‌گونه‌ای بود که ادامه معاشرت و زندگی مشترک امثال آنان باوجود آن، قابل تحمل و مقدور نباشد و قاضی از اصلاح میان آنان عاجز باشد، در این حالت قاضی؛ زن را به طلاق بائن، طلاق می‌دهد. هرگاه زن نتواند صدق ادعای خود را به ثبوت برساند یا شوهر حاضر به اعتراف صدق ادعای او نشود، زن باید دعوی خود را ترک نماید» (سابق، ۱۳۷۱: ۱۴۴۲). از منظر فقه امامیه نیز یکی از مواردی که قاعده لاضرر به‌کاربرده می‌شود، بحث نشوز یکی از زوجین یا شقاق بین آن‌هاست که گاهی ممکن است منجر به ایراد



ضرر به دیگری شود و در کلمات فقهای امامیه در موارد متعدد تکرار شده است (انصاری، ۱۳۹۲، ج ۳/۳۷۷).

قانون‌گذار افغانستان هرچند تصریح به این قاعده نکرده، اما صرف اینکه ایراد ضرر از طرف زوج به زوجه را یکی از دلایل درخواست طلاق قضایی قلمداد نموده، در واقع بیانگر آنست که نسبت به کاربرد این قاعده توجه داشته است. ماده ۱۸۳ قانون مدنی افغانستان در این خصوص چنین آورده است: «هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید». اما ابهامی که در این ماده وجود دارد این است که مصادیق و موارد ضرر مشخص نشده است. لذا در این مورد آنچه زوجه آن را ضرر تلقی کند و مورد تأیید عرف باشد، به‌عنوان ضرر پذیرفته خواهد شد. اما در برخی مواد دیگر، به مصادیق خاصی از ضرر اشاره نموده که اطلاق این ماده را محدود می‌سازد. برای مثال در ماده ۸۷ قانون مدنی افغانستان چنین آمده است: «زنی که شوهر وی برخلاف حکم ماده ۸۶ این قانون ازدواج نموده باشد، می‌تواند مطابق به احکام مندرج ماده ۱۸۳^۱ این قانون، بر اساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه طلاق نماید».

از دیگر مصادیق ضرر در بحث طلاق، ابتلای زوج به امراض صعب‌العلاج یا ساری است. به‌گونه‌ای از این سبب ادامه معاشرت زوجه با زوج، توأم با عسر و حرج و ضرر باشد. ماده ۱۷۶ قانون مدنی افغانستان در این خصوص تصریح نموده است که: «زوجه وقتی می‌تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیرممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به‌نحوی که معاشرت با زوج بودن ضرر کلی متعذر باشد». بازهم ابهامی که در این ماده وجود دارد، این است که منظور از ضرر کلی را قانون‌گذار مشخص نکرده است. بنابراین یکی از مواردی که قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان به‌کاررفته، بحث طلاق قضایی به سبب ضرر است.

۱. ماده ۸۶ قانون مدنی افغانستان: «ازدواج به بیش از یک زن بعد از تحقق حالات آتی صورت گرفته می‌تواند: ۱- در حالتی که خوف عدم عدالت بین زوجات موجود نباشد؛ ۲- در حالتی که شخص کفایت مالی برای تأمین نفقه زوجات از قبیل غذا، مسکن، لباس و تداوری مناسب را داشته باشد؛ ۳- در حالتی که مصلحت مشروع مانند عقیم بودن زوجه اولی و یا مصاب بودن وی به امراض صعب‌العلاج موجود باشد».



۲-۴. قاعده لاضرر در بحث جبران خسارت

دومین موردی که قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان به کاررفته، بحث جبران خسارتی است که در اثر فعل مضر افراد بر دیگران وارد می‌شود. یکی از مباحثی که به لحاظ فقهی و محتوایی در خصوص قاعده لاضرر مطرح می‌گردد، این است که منظور از نفی ضرر چیست؟ در این مورد دیدگاه‌ها و نظریات مختلفی مطرح شده که مشهورترین و قابل پذیرش ترین آن، نفی ضرر غیر متدارک است. یعنی در اسلام ضرری که جبران نشود، وجود ندارد. معنای این گزاره این است که هر ضرری که فرد به دیگری وارد می‌کند، مستلزم جبران و تدارک است. در واقع جبران ضرر و تدارک آن از مستلزمات نفی حکم ضرری است که در نظریات برخی از فقها نیز بدان تأکید شده است (محمد یثربی، ۱۴۴۳: ۸۵). در واقع جبران ضرر بیانگر آن است که ضرر رساننده نهایت سعی خود را در راستای بازگشتاندن زیان وارده به حالت قبلی آن انجام داده است.

قانون‌گذار افغانستان در ماده ۳۸ قانون مدنی در خصوص منع مقابله به مثل و جبران روشمند زیان وارده که در واقع بیانگر رعایت قاعده لاضرر است، چنین آورده است: «هر شخص می‌تواند علاوه بر اسم خود، اسم خانوادگی انتخاب نماید، اسم خانوادگی به اولاد انتقال می‌یابد. اگر شخص اسم خانوادگی غیر را به خود انتقال دهد و این عمل او موجب خسارت به شخص اول گردد، متضرر می‌تواند علاوه بر مطالبه منع، جبران خسارت را نیز از متعرض مطالبه نماید». اطلاق این ماده در خصوص ضرر، بدین معنا است که ضرر مورد نظر قانون‌گذار شامل ضرر مادی و معنوی می‌گردد. اما اینکه ضرر معنوی چگونه جبران می‌شود و معیار سنجش آن چیست، قانون‌گذار حکمی را بیان نکرده است که در واقع یک نوع اهمال یا غفلت در قانون‌گذاری محسوب می‌شود و این مسئله بیانگر نقص حقوق موضوعه افغانستان است.

قانون‌گذار افغانستان به صورت واضح‌تر، قاعده لاضرر را در ماده ۴۵ قانون مدنی به کار برده و تصریح نموده است که: «شخص که حقوق شخصی او مورد تجاوز قرار می‌گیرد، می‌تواند علاوه بر مطالبه منع تجاوز در صورت وقوع ضرر طالب جبران خسارت گردد». واضح است که منظور قانون‌گذار افغانستان در این ماده، ضرر مادی است و لفظ



حقوق نیز مفهوم گسترده‌ای دارد که شامل حقوق فردی، اجتماعی، سیاسی و مذهبی افراد می‌گردد. مطابق ماده ۷۷۶ همین قانون نیز هر نوع ضرری که در اثر خطا، تقصیر، غفلت و بی‌توجهی فرد بر دیگری وارد گردد، قابل جبران دانسته شده است.^۱

قانون‌گذار افغانستان علاوه بر اینکه جبران ضرر مادی را پیش‌بینی نموده، جبران زیان‌های معنوی را نیز پیش‌بینی کرده است. ماده ۷۷۸ قانون مدنی افغانستان در این خصوص چنین صراحت دارد: «جبران خسارت شامل سنجش ضرر معنوی نیز می‌باشد. اگر به سبب وفات شخصی که مورد تعدی واقع گردیده، ضرر معنوی به زوج و اقارب وی عاید گردد، محکمه می‌تواند برای زوج و اقارب تا درجه دوم به جبران خسارت حکم نماید».

۳-۴. استثنائات قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان

قانون‌گذار افغانستان به‌رغم اینکه قاعده لاضرر را در مواد متعدد قانون مدنی به‌کاربرده، اما مواردی را نیز ذکر نموده که در آن موارد ضرر وارده قابل جبران دانسته نشده است. این موارد را می‌توان به‌عنوان استثنا مطرح نمود، لذا اصل آن است که طبق حقوق موضوعه افغانستان و در پرتو قاعده لاضرر هر ضرری قابل جبران و تدارک است. یکی از این استثنائات بحث دفاع مشروع است که هم بعد حقوقی دارد و هم بعد کیفری. در اینکه دفاع مشروع از بعد کیفری قابل پیگرد و مجازات نیست، جای تردید نیست، اما در خصوص اینکه آیا فردی که از خود دفاع نموده، در قبال زیان وارده مسئولیت مدنی دارد یا خیر؟ جای تأمل است. قانون‌گذار افغانستان به‌صورت صریح این مورد را از شمول قاعده عمومی لاضرر خارج دانسته در فقره ۲ ماده ۷۸۴ قانون مدنی چنین آورده است: «شخصی که در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود و یا نفس یا مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسئول پنداشته نمی‌شود. مشروط بر اینکه در دفاع از قدر ضرورت تجاوز نکرده باشد، در غیر آن به جبران خسارت عادلانه مکلف می‌گردد».

دومین استثنای که در این خصوص قانون‌گذار افغانستان بدان اشاره نموده، اجرای امر آمر است. بند ۲ ماده ۷۸۷ قانون مدنی در این زمینه چنین آورده است: «موظف عام از فعلی که غیر را متضرر ساخته وقتی غیر مسئول پنداشته می‌شود که آن را به اساس امر آمری

۱. «هرگاه به اثر خطا و یا تقصیر ضرری به غیر عاید گردد مرتکب به جبران خساره مکلف است».



که اطاعت امر وی واجب بوده و یا به موجب آن اعتقاد داشته باشد، اجرا نماید. همچنان اعتقاد خود را، در مورد مشروعیت فعل مذکور مستند به اسباب معقول و رعایت احتیاط مقتضی در آن، ثابت نماید». در این ماده در واقع دو مسئله مطرح گردیده است. یکی اینکه شخص بر اساس انجام وظیفه و اجرای امر آمر قانونی خود، به دیگری ضرر وارد نموده باشد و دیگری آن که خود به درست بودن و مشروع بودن عمل خود اعتقاد داشته باشد و بر اساس این اعتقاد رفتاری را مرتکب شده باشد که باعث ورود ضرر به دیگری شده است.

نتیجه گیری

قاعده لاضرر، یکی از قواعد محوری و کاربردی در فقه امامیه است که گستره وسیعی از مسائل حقوقی و شرعی را شامل می شود. این قاعده، برگرفته از حدیث نبوی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»، اصل کلی نفی ضرر در حقوق و تکالیف را به رسمیت می شناسد. بر اساس این قاعده، هرگونه حکمی که موجب زیان برای افراد باشد، مشروعیت خود را از دست می دهد، مگر آنکه رفع آن زیان باعث ایجاد ضرر بزرگ تر یا اختلال در نظم عمومی گردد. در فقه امامیه، این قاعده به عنوان یکی از مهم ترین اصول، در مسائل مختلف از جمله عقود، معاملات، طلاق، ارث، وقف و روابط خانوادگی به کار رفته شده است. برای مثال، در بحث طلاق قضایی، زنی که در زندگی زناشویی متحمل ضرر می شود، می تواند به استناد قاعده لاضرر درخواست طلاق دهد. همچنین، در موضوع نقض قراردادها، اگر یکی از طرفین با عدم ایفای تعهد موجب ضرر شود، طرف متضرر می تواند خواستار جبران خسارت شود.

اما در حقوق مدنی افغانستان، کاربرد قاعده لاضرر به برخی موارد خاص محدود شده و اغلب به عنوان منبع الهام یا تکمیل کننده قوانین موضوعه به کار می رود. برای نمونه: طلاق قضایی به سبب ضرر؛ جبران خسارات ناشی از نقض قراردادها و برخی مسائل حقوقی دیگر از موارد کاربرد قاعده لاضرر در حقوق موضوعه افغانستان است.

محدودیت های حقوق موضوعه افغانستان در استفاده از قاعده لاضرر عمدتاً ناشی از ساختار قانونی مشخص و تدوین شده ای است که جنبه های عرفی و فقهی آن را به صورت مستقیم محدود کرده است. اما در فقه امامیه، این قاعده همچنان انعطاف پذیری و گستردگی قابل توجهی دارد و بسیاری از مسائل جدید و نوظهور را پوشش می دهد.

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. امامی خوانساری، محمد (۱۳۵۲)، *تسدید القواعد فی حاشیه الفرائد*، تهران: بی جا.
۲. انصاری، مرتضی، (۱۳۹۲)، *المکاسب*، تهران: دارالحکمه.
۳. ایروانی، باقر، (۱۴۲۶)، *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
۴. آخوند خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۹)، *کفایه الاصول*، قم: آل البيت.
۵. آشتیانی، محمد حسن، (بی تا)، *بحر الفوائد*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۶. بجنوردی، حسن، (۱۴۱۹)، *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی.
۷. جزایری، محمد جعفر، (۱۳۹۴)، *نتائج الافکار فی الاصول*، قم: آل مرتضی.
۸. جعفری، حسین؛ رجایی پور، مصطفی و دلاور، غلامحسن، (۱۳۹۶)، «درنگی در قلمرو قاعده فقهی التعزیر فی کل عمل المحرم»، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، سال سوم، شماره نهم، صص ۱۴۱-۱۶۸.
۹. خمینی، روح الله، (۱۳۸۵)، *الرسائل*، قم: المطبعة العلمیه.
۱۰. خمینی، روح الله، (۱۴۲۳)، *تهذیب الاصول*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۱. سابق، سید، (۱۳۷۱)، *فقه السنه*، ترجمه محمود ابراهیمی، کابل: نشر محمدی سقر.
۱۲. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۵)، *الرسائل الاربع (قواعد اصولیه و فقهیه)*، قم: موسسه امام صادق.
۱۳. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۴)، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، قم: دفتر آیت الله سیستانی.
۱۴. صیقلی، محسن؛ لاجوردی، سمانه و کلاه مال همدانی، احمد، (۱۳۹۷)، «کاربرد قاعده لا ضرر ولا ضرار در مدیریت مبارزه با قاچاق کالا و ارز از منظر فقه شیعه»، دو ماهنامه اقتصاد پنهان، سال دوم، شماره ۱ و ۲، صص ۷۳-۱۱۵.
۱۵. عمید، حسن، (۱۳۸۹)، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران: راه رشد.



۱۶. غروی اصفهانی (شیخ الشریعه)، (۱۴۱۰)، قاعده لاضرر، قم: اسلامی.
۱۷. محمد یثربی، سید علی، (۱۴۴۳)، «شمولیه قاعده لاضرر فی الاحکام العدمیه و تعویض الخساره»، دارات فی العلوم الانسانیه، سال دوم، شماره ۲۹، صص ۷۵-۹۱.
۱۸. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۹)، قواعد فقه، تهران: میزان.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه الامام امیر المومنین.